

ГОЛОВКО Л.В.
*доктор юридических наук, профессор кафедры уголовного процесса,
правосудия и прокурорского надзора юридического факультета
Московского государственного университета им. М. В. Ломоносова,
член Консультативного совета Центра исследования правовой политики*

Институт судебного контроля за предварительным заключением под стражу в континентальных формах уголовного процесса¹

Прежде чем приступить к анализу поставленной здесь проблемы, необходимо сделать несколько оговорок сугубо методологического характера. Во-первых, под «предварительным» или, как его все чаще называют на Западе, «временным» заключением под стражу мы понимаем исключительно ограничение свободы лица в качестве меры пресечения, которое по своей процессуальной природе принципиально отличается от другой возможной формы физического ограничения свободы лица – т. н. «кратковременного задержания». Важнейшее отличие предварительного (временного) заключения от кратковременного задержания в уголовно-процессуальных системах всех стран заключается в его достаточно длительных сроках, исчисляемых не часами, а месяцами или даже годами, поскольку предварительное заключение рассматривается не в качестве экстраординарной полицейской меры уголовно-процессуального принуждения (как задержание), применяемой «по горячим следам», а в качестве единственно возможного способа длительной изоляции преследуемого в уголовно-процессуальном порядке лица от внешнего мира, без которой обойтись подчас просто невозможно, учитывая характер уголовного процесса.

Во-вторых, опять-таки в отличие от задержания предварительное (временное) заключение допускается не только в ходе досудебного производства по уголовному делу, но и в ходе производства судебного - до вступления в законную силу обвинительного приговора суда, вынесенного в отношении указанного лица. В этом смысле предварительное заключение под стражу является «предварительным» не потому, что оно может иметь место только в ходе предварительного расследования, а в силу того, что оно является предварительным по отношению к разрешению дела по существу. Однако нас здесь будет интересовать применение предварительного заключения исключительно в ходе досудебных стадий уголовного процесса, поскольку его применение в судебных стадиях уголовного процесса, где дело находится уже в производстве суда, по понятным причинам снимает проблему судебного контроля или, по крайней мере, переводит ее в совершенно иную плоскость.

Переходя собственно к проблеме судебного контроля за предварительным заключением под стражу, необходимо сразу уточнить, что со сравнительно-правовой точки зрения постановка вопроса о его наличии или отсутствии еще недавно, казалось бы, бывшая в центре внимания процессуалистов-компаративистов, ныне фактически утратила теоретический смысл. Произошло это потому, что судебный характер данной меры процессуального принуждения на современном этапе стал признаваться одним из ее

¹ Настоящий анализ подготовлен Центром исследования правовой политики при поддержке Бюро по демократическим институтам и правам человека Организации по безопасности и сотрудничеству в Европе (БДИПЧ ОБСЕ). Мнения и взгляды, содержащиеся в анализе, не отражают официальную точку зрения БДИПЧ ОБСЕ.

генетических признаков, причем признаком едва ли не важнейшим, к чему мы еще вернемся. Полное отсутствие судебного контроля за предварительным заключением, какое-то время назад всерьез рассматривавшееся в качестве варианта решения проблемы (можно было выделять в данном аспекте, допустим, «советский подход»), становится просто-таки невыносимым в сегодняшней ситуации, по крайней мере, для развитых государств, прекрасно отдающих себе отчет в том, что длительное содержание человека под стражей в любом случае должно иметь место только при непосредственном участии суда, то есть, иначе говоря, при наличии судебного контроля.

На первый взгляд, много большее сравнительно-правовое значение имеет обсуждение проблемы форм судебного влияния на предварительное заключение. В исторической перспективе вырисовываются три возможные формы такого влияния. Первая форма - полностью судебное предварительное следствие, когда лицо, его ведущее и принимающее все процессуальные решения в ходе данной стадии уголовного процесса, в том числе решение о предварительном заключении, обладает полноценным статусом судьи. Иными словами, производство предварительного следствия в такой ситуации относится к компетенции судебного ведомства, в рамках которого образуется специальная судебная должность т. н. «следственного судьи». Не вызывает сомнений, что речь идет о французской модели, где следственный судья на протяжении почти двух столетий обладал исключительной монополией заключать обвиняемого под стражу, притом что в ходе полицейского дознания такая мера пресечения во Франции исключена (максимальное ограничение свободы – кратковременное задержание). Не случайно, что проблема «судебного контроля» за предварительным заключением в такой ситуации во Франции не обсуждалась даже на теоретическом уровне, тем более что соответствующие решения следственного судьи подлежали обжалованию по второй инстанции на апелляционном уровне.

Исторически истоки данной формы организации предварительного следствия следует искать в т. н. «римско-каноническом процессе», окончательно сформировавшемся в Европе начиная с XIII столетия и более известном в отечественной научной традиции под наименованием «инквизиционный процесс». Оставляя в стороне дальнейшую эволюцию римско-канонического процесса, отметим лишь, что именно в его рамках сложился институт следователя-судьи, положенный в основу организации предварительного следствия составителями первой в истории права полноценной автономной уголовно-процессуальной кодификации – наполеоновского Кодекса уголовного следствия (Code d'instruction criminelle) 1808 г. Именно данный кодекс закрепил классическое континентальное представление о соотношении полицейской и судебной деятельности в ходе предварительного производства по уголовному делу. Согласно французско-наполеоновской концепции, полицейские полномочия ограничиваются дознанием, причем полномочия эти исключают применение сколько-нибудь серьезного уголовно-процессуального принуждения, кроме кратковременного задержания «по горячим следам», и сводятся к сбору доказательственной информации, необходимой для принятия решения о возбуждении уголовного преследования или об отказе в его возбуждении. Далее данная информация ложится на стол прокурора, который принимает соответствующее решение. Если он решает возбудить уголовное преследование, то квалифицирует деяние и в зависимости от квалификации либо сразу передает дело вместе с собранными полицией доказательствами в суд для рассмотрения по существу (по мелким преступлениям), либо передает дело следственному судье и требует приступить к производству предварительного следствия (по преступлениям опасным).

Здесь очень важно обратить внимание на следующее обстоятельство. Применение предварительного заключения, с одной стороны, возможно по наполеоновско-французской концепции только после возбуждения уголовного преследования. С другой стороны, после возбуждения уголовного преследования дело в любом случае попадает в производство судебных органов, к коим относится и следственный судья. В такой ситуации даже не возникает вопрос о наличии или отсутствии судебного контроля за предварительным

заклучением, поскольку судебное полномочие заключать под стражу поглощается здесь много более широким судебным полномочием – производить предварительное следствие от начала и до конца. Применительно к классической французской модели предварительного следствия неточными выглядят два расхожих отечественных процессуальных термина. Во-первых, термин «судебный контроль» (строго говоря, «судебным контролем» во Франции обозначается совершенно иное процессуальное явление – совокупность альтернативных предварительному [временному] заключению мер пресечения).

Во-вторых, термин «досудебные стадии уголовного процесса», поскольку предварительное следствие является здесь полноценной судебной стадией уголовного процесса. Мы столь подробно остановились здесь на французской модели организации предварительного производства не только потому, что она оказала и продолжает оказывать колоссальное влияние на все страны континентального уголовного процесса. Важнее другое: данную модель восприняла в ходе судебной реформы Александра II Российская империя, создав, как мы помним, институт судебного следователя. Советский уголовный процесс от данного института отказался, сохранив при этом многие существенные атрибуты судебного предварительного следствия. Иначе говоря, советские прокуратура или МВД, став в свое время «органами предварительного следствия», получили от российского судебного следователя значительное число сугубо судебных по своей процессуальной природе полномочий: право разрешать уголовное дело путем его прекращения, право признавать гражданским истцом, право применять меры пресечения и т. д. И именно в этой исторической деформации кроется причина многих проблем постсоветских государств, волей-неволей продолжающих придерживаться французской модели предварительного следствия, не имея важнейшей несущей конструкции данной модели – института следственного судьи.

Вторая форма – т. н. «предварительный судебный контроль» за предварительным заключением, когда предварительное производство ведется несудебными (полицейскими или полицейско-прокурорскими) органами, которые вправе собирать доказательства, но не вправе при этом ограничивать фундаментальные права личности, не имея соответствующего разрешения суда (исключая опять-таки кратковременное полицейское задержание). В такой ситуации полиция, естественно, лишена права помещать подозреваемого (обвиняемого) под стражу на срок, превышающий срок задержания. Она может лишь обращаться в суд за соответствующим решением – без такого решения предварительное заключение просто-напросто юридически невозможно. Не вызывает сомнений, что подобная форма судебного влияния на предварительное заключение, которое с полным основанием уже можно считать «судебным контролем» впервые получила развитие в англо-американском уголовном процессе. Собственно, сама идея «судебного контроля» есть идея англо-американского происхождения, что вполне естественно, так как в странах общего права никогда не существовали ни судебное предварительное следствие, ни институт следственного судьи. В то же время проблема «контроля» должна была возникнуть именно в тех процессуальных системах, где производство в предварительных стадиях уголовного процесса ведется несудебными органами, то есть где понятие предварительного производства полностью совпадает с понятием производства досудебного.

Многие континентальные уголовно-процессуальные системы постепенно, как мы знаем, осознанно отказались от французского судебного предварительного следствия и института следственного судьи. Самым ярким примером здесь является Германия. Но в такой ситуации они не могли не воспринять систему «предварительного судебного контроля», поскольку отказ от института следственного судьи никоим образом не означал, да и не мог означать, отказ от фундаментального принципа, согласно которому заключение под стражу может происходить лишь по решению представителя судебной власти. Совершенно закономерно, что в постсоветских государствах, где, как мы помним, возникла странная «смесь» несудебного предварительного расследования и сугубо судебных по

своей природе полномочий производящих его органов, нормализация ситуации происходила и происходит через англосаксонскую по происхождению конструкцию «судебного контроля».

Третья форма – т. н. «последующий судебный контроль», когда решение о предварительном заключении вправе принимать несудебные органы уголовного преследования в ходе опять-таки несудебного предварительного следствия или дознания, но заключенному под стражу при этом предоставляется право обжаловать такое решение в суде. Речь в данной ситуации идет об институте судебного обжалования решения о заключении под стражу на длительный срок. В качестве характерного примера данной модели вспоминается российский уголовный процесс в период 1992-2002 гг., когда решение о заключении под стражу органов следствия и дознания санкционировалось прокурором, но подлежало обжалованию в суде.

Впрочем, наличие «последующего» судебного контроля при полном отсутствии контроля «предварительного», скорее всего, следует рассматривать лишь в историческом контексте. Не исключено, что подобная модель является характерной именно для стран с «переходной правовой системой», т. е. введение «последующего судебного контроля» часто является первым шагом в тех странах, где судебного контроля за предварительным заключением не было вовсе. Россия в этом смысле является достаточно характерным примером: при всей важности реформы 1992 г., допустившей возможность обжалования в суде решения о заключении под стражу, речь шла лишь о временной мере, в чем мы убедились с принятием нового УПК РФ. Теперь заключение под стражу производится исключительно на основании судебного решения.

Но при более пристальном рассмотрении подобное разграничение форм судебного влияния на предварительное (временное) заключение при всем его историко-теоретическом интересе сравнительно-правовой смысл постепенно, но неуклонно утрачивает, причем речь идет об объективной тенденции. Почему так происходит?

Во-первых, т. н. «предварительный судебный контроль», т. е. исключительная прерогатива суда принимать решение о заключении под стражу, из сравнительно-правового варианта или, если угодно, одной из возможных «моделей» превратился в универсальный императив. Иными словами, предварительный судебный контроль более не рассматривается в качестве альтернативы другим формам судебного контроля, то есть другие формы могут существовать не взамен, а лишь в дополнение к предварительному судебному контролю. В качестве иллюстрации приведем Рекомендацию (2006) 13 Комитета министров государств-членов Совета Европы от 27 сентября 2006 г. «О временном заключении, условиях, в которых оно исполняется и создании гарантий против злоупотреблений». Основана она, разумеется, на соответствующих положениях Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г. Сразу же обращает на себя внимание даваемое в Рекомендации определение «временного заключения», где есть указание на то, что речь идет о мере, применяемой по решению судебной власти. Иными словами, предварительный судебный контроль становится элементом самого понятия предварительного (временного) заключения. В дальнейшем тексте Рекомендации четко указано, что «ответственность за помещение во временное заключение, оставление во временном заключении при его продлении и за выбор альтернативных заключению мер пресечения всегда (курсив наш – Л. Г.) должна возлагаться на судебную власть». Никаких иных вариантов Рекомендация не предлагает. Более того, согласно Рекомендации, даже в тех странах, где имеется предварительное судебное следствие французского образца с институтом следственного судьи, сам следственный судья не должен принимать решение о заключении под стражу. Эту обязанность необходимо возложить на другого судью. Здесь мы уже имеем дело с существенной корректировкой наполеоновской концепции предварительного следствия и с появлением теоретической возможности использования понятия «судебный контроль» в привычном понимании также и к французской системе предварительного следствия.

Во-вторых, «предварительный судебный контроль» не только не исключает, но почти повсеместно предполагает контроль «последующий». Иными словами, тот факт, что решение о предварительном заключении принято судьей, вовсе не означает, что данное решение не подлежит судебному обжалованию в инстанционном или квазиинстанционном порядке. В такой ситуации судебный контроль почти повсеместно стал комбинированным. Вопрос лишь в том, комбинируются ли все его теоретически-возможные формы или не все. Ответ на этот вопрос полностью зависит от наличия или отсутствия судебного предварительного следствия и фигуры следственного судьи.

Франция является примером полной комбинации всех возможных форм судебного контроля. Предварительное следствие здесь по-прежнему является судебным, то есть ведет его следственный судья. Только он вправе сразу применить «альтернативную меру пресечения» и только он вправе инициировать вопрос о временном заключении под стражу. Таким образом, судебная власть не утратила ни одного из полномочий, принадлежавших ей по наполеоновской концепции (первая форма судебного контроля). Если следственный судья решает заключить человека под стражу, то он обязан обратиться к другому судье – т. н. «судье по свободам и заключению», должность которого была введена законом от 15 июня 2000 г. Получив ходатайство следственного судьи, судья по свободам и заключению проводит судебное заседание с участием обвиняемого, его защитника и прокурора, причем по просьбе защиты такое заседание может быть открытым. Судья по свободам и заключению либо полностью отказывает следственному судье, либо применяет «альтернативную меру пресечения», либо принимает решение о заключении под стражу. Важно, что решение о заключении под стражу, в полном соответствии с указанной выше Рекомендацией, может быть принято лишь судьей, в чем производстве не находится уголовное дело (вторая форма судебного контроля – «предварительный судебный контроль»). Наконец, решение судьи по свободам и заключению, которое исполняется немедленно, может быть впоследствии обжаловано по второй инстанции в т. н. «следственной камере» Апелляционного суда, состоящей из трех судей Апелляционного суда (третья форма судебного контроля – «последующий судебный контроль»). В результате, французский уголовный процесс можно сегодня приводить в качестве примера любой из трех форм судебного контроля.

Швейцария, где в октябре 2007 года принят первый федеральный УПК, который заменит кантональные уголовно-процессуальные кодификации, с момента его вступления в силу будет представлять пример неполной комбинации возможных форм судебного контроля. Это связано с тем, что составители УПК Швейцарии отказались от французской модели предварительного следствия, применявшейся в романских кантонах Швейцарии, в пользу модели несудебного предварительного следствия, использовавшейся в немецкоязычных кантонах (Цюрих и др.). В результате, здесь не предусматривается первая из выделенных нами форм судебного контроля. Инициировать решение вопроса о заключении под стражу должен в такой ситуации не следственный судья (его нет), а прокурор, к которому полиция обязана доставить всякое задержанное лицо. Если прокурор считает предварительное (временное) заключение необходимым, то он обращается в специальный «суд по мерам процессуального принуждения» (*tribunal des mesures de contrainte*), который должен быть создан в соответствии с новым кодексом в каждом кантоне. Суд в течение 48 часов обязан рассмотреть в коллегиальном составе и в закрытом судебном заседании при участии сторон ходатайство прокурора и либо отклонить его полностью, либо применить «альтернативную меру пресечения», либо принять решение о заключении под стражу сроком до трех месяцев и с возможностью последующего продления в том же порядке (ст. 226 УПК Швейцарии). Здесь мы видим обставленный дополнительными гарантиями (коллегиальный состав суда) вариант «предварительного судебного контроля». Что касается контроля «последующего», то само по себе решение специального швейцарского суда по мерам процессуального принуждения обжалованию не подлежит. Однако в случае когда заключение под стражу продолжается в течение трех месяцев, обвиняемый получает право обжаловать в вышестоящем суде либо отказ в удовлетворении своего ходатайства об освобождении (оно

может быть подано и ранее, но рассматривается все тем же судом по мерам процессуального принуждения), либо решение о продлении срока содержания под стражей свыше трех месяцев (ст. 222 УПК Швейцарии). Таким образом, швейцарский законодатель не отказался полностью от «последующего» судебного контроля, но поставил его в более жесткие рамки. Впрочем, здесь надо учитывать, что при этом тот же швейцарский законодатель весьма существенно укрепил гарантии прав обвиняемого при принятии первоначального решения о заключении под стражу, создав даже для данных целей специальный судебный орган.

В целом мы видим, что в современном континентальном уголовном процессе проблема форм судебного контроля не является более проблемой выбора национальным законодателем того или иного сравнительно-правового варианта. Под «формами судебного контроля» теперь следует понимать определенные механизмы, которые сосуществуют или могут сосуществовать в рамках отдельно взятой процессуальной системы. Эти механизмы взаимоисключающими не являются. Напротив, они дополняют друг друга, «пронизывая» самую строгую меру уголовно-процессуального принуждения разнообразными судебными гарантиями. Но при всей широте спектра таких гарантий имеет место *conditio sine qua non* – решение о предварительном (временном) заключении под стражу могут принимать только представители судебной власти. Отсюда вытекает абсолютная неизбежность для любой национальной системы уголовного процесса такого процессуального механизма, который мы обозначили в качестве «предварительного судебного контроля».

Декабрь 2008 г.